



聆听法治——在最高学术殿堂 第三卷

法治中国建设的 理论与实践

李林 冀祥德 / 主编



方志出版社
Publishing House of Local Records

聆听法治——在最高学术殿堂（第三卷）

法治中国建设的理论与实践

李 林 冀祥德 主编



方志出版社
Publishing House of Local Records

图书在版编目(CIP)数据

法治中国建设的理论与实践 / 李林, 冀祥德主编. —
北京: 方志出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5144 - 1523 - 0

I. ①法… II. ①李… ②冀… III. ①社会主义法
制—建设—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 003851 号

法治中国建设的理论与实践

主 编: 李 林 冀祥德

责任编辑: 刘方圆

出 版 人: 冀祥德

出 版 者: 方志出版社

地址 北京市朝阳区潘家园东里 9 号 (国家方志馆 4 层)

邮编 100021

网址 <http://www.fzph.org>

发 行: 方志出版社发行中心

电话 (010) 67110500

经 销: 各地新华书店

排 版: 北京宝蕾元科技发展有限责任公司

印 刷: 北京佳艺恒彩印刷有限公司

开 本: 700 × 1000 1/16

印 张: 22.5

字 数: 416 千字

版 次: 2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5144 - 1523 - 0/D · 93 定价: 68.00 元

· 版权所有 翻版必究 ·

总 序

根据董必武先生在中国共产党第八次全国代表大会上的建议，法学研究所于1956年筹建，1958年10月正式成立，时属中国科学院哲学社会科学学部，1978年改属中国社会科学院。法学研究所作为中国社会科学院最早成立的研究所之一，承担着从事重大法学与法治问题的学术研究、参与执政党和国家在民主法治人权方面的决策研究、面向国内外开展高级法学教育、促进法学的国际学术交流与合作等崇高使命。

成立五十多年来，尤其是改革开放以来，法学研究所的专家学者忧国忧民、励精图治、同心协力、砥砺奉献，多次率先组织和推动有关民主法治人权（法律面前人人平等、社会主义民主与法制、法治与人治、法的阶级性与社会性、社会主义初级阶段的法制建设、法律体系协调发展、市场经济法律体系、人权理论与实践、依法治国建设社会主义法治国家、依法治国与精神文明建设、依法治国与反腐倡廉、依法治国与司法体制改革、宪法修改、依法治国与法律体系构建、依法治国与和谐社会建设、依法治国与科学发展观等）重大理论与政策问题的讨论，为中华人民共和国法学繁荣与法治发展，做出了不可磨灭的重要贡献。尤其是，1996年2月8日，王家福研究员在中南海为党和国家领导人主讲法制课，首次从理论上提出和论证了“依法治国、建设社会主义法治国家”的理念，为中国依法治国基本方略的形成做出重要贡献。改革开放以来，除产生一批在全国有重要影响的法学学术精品外，法学研究所研究人员先后5次担任中南海法制讲座主讲人，7次担任全国人大常委会法制讲座主讲人，4次担任中央政治局集体学习主讲人；参加了1982年《中华人民共和国宪法》等400余部法律法规的起草、修改、论证和审议，还多次接受国家立法机关的委托，研究起草包括《中华人民共和国立法法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国著作权法》在内的一批重要法律法规的专家建议稿，为中国法学理论的繁荣发展，为社会主义市场经济法制的建立与完善，为中国特色社会主义法律体系的如期形成，为推进中国民主法治人权建设……发挥了法学研究所作为“国家队”的重要作用。

法学研究所在着力推进重大法学和法治问题研究的同时，始终高度重视作为新生力量的研究生培养工作：1978年开始招收法学硕士研究生，1984

年招收博士研究生,1992年招收博士后,是全国最早获得法学一级学科博士学位授权单位之一……进入21世纪以后,法学研究所进一步意识到,在全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的伟大进程中,在全国法学院不断膨胀、法学教育和法律人才激烈竞争的格局下,努力培养一支高素质、年轻化的优秀法律人才队伍,不仅是实现党和国家法治建设宏伟目标所必需的人才保证,也是落实法学研究所“人才强所、科研强所、管理强所、教学强所”的重要举措。2004年,法学研究所开始招收法律硕士研究生,此后招生规模不断扩大,培养质量日渐提高,办学影响愈益广泛,“社科法硕”很快成为中国法学教育异军突起的一朵奇葩。

利用法学研究所中国法学研究“国家队”和导师多、学生少的独特优势举办学术沙龙活动是法学研究所培养“社科法硕”不可或缺的重要环节,也是法学研究所与其他法学院不尽相同的教学方法和内容创新。“社科法硕”学术沙龙中,主讲人以法学研究所专家学者为主,兼及法律实务以及相关部门的精英专家;主讲内容以当下重大前沿的法治问题为主,兼及古今中外法学理论的精要问题;沙龙形式以“龙主”主讲为主,师生共同讨论切磋为辅……

景山东麓,法治渊源。力荐法治理国入宪,宣法弘道教书育人,皆为法学研究所之所思、之所为。传道受业,授人于渔。现集结几年来“社科法硕”学术沙龙之法治“音符”成册,呈现于学界、社会、世人,恭请各位仁人贤达批判斧正。

聆听法学研究最高学术殿堂里源自中国法治建设路上的和谐交响乐——这其中,不仅有“老骥伏枥”的“把舵导航”声,有“中流砥柱”的“引领发展”音,更有“法学新锐”的“创新变革”调。相信“社科法硕”学术沙龙奏出的21世纪和谐之乐,能够给热爱法学、关心法治的中国人以愉悦和启发,能够为前行中的中国法治和法学事业添砖加瓦。

中国法学会副会长

中国社会科学院学部委员

中国社会科学院法学研究所所长、研究员

中国社会科学院研究生院法学系主任、教授

李 林

二〇一一年十二月十四日于广州

序 言

作为中国法学研究的“国家队”和党中央、国务院的思想库与智囊团，中国社会科学院法学研究所的学者们在法学研究方面所取得的成就是于世公认的，正如李林所长在本书之《总序》中所言。然而，法学研究与法学教育永远是共生共长、相辅相成之孪生骨肉关系。在中国社会转型与中国法治发展之情势背景下，2004年，“教学强所”成为法学研究所的双翼之一，149名“社科法硕”学子进入法学研究所，刷新了几十年来每年仅招收不足10名硕士研究生的历史。法学研究所决定集全所之力，倾情打造出具有本所特色的“社科法硕”品牌。

8年来，“社科法硕”的各项培养工作取得了扎实稳步的发展，建立了一支高素质的教学与教学管理队伍，形成了一套成熟的教学与教学管理体系，编写出了一套规范且具有较强针对性的法硕研究生教材，探索出了具有“社科法硕”特色的办学模式和经验做法。2006年，在全国法律硕士培养试办10周年总结表彰大会上，法学研究所获得了“优秀法律硕士教学奖”和“优秀法律硕士教学管理奖”双项大奖。2010年，在中国诊所法律教育10周年总结大会上，法学研究所获得“诊所法律教育优秀教学奖”和“诊所法律教育优秀管理奖”双项大奖。2011年，“社科法硕”辩论队在北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、北京师范大学、中国人民公安大学、中央财经大学等著名高校参加的北京高校法科研究生辩论赛中获得冠军；法学研究所主办的“中国法硕网”获得国家一级域名（www.iolawjm.org）；法学研究所主办的《中国法硕》报获得国家批准的发行刊号并成功出版8期；“社科法硕”刑事法律诊所被评为全国四个优秀刑事诊所之一。上述荣誉的获得以及“社科法硕”在全国同类专业中最高的司法考试通过率、就业率和考博成功率，赢得了法学教育界业内与社会的一致认可。

“社科法硕”品牌之所以打造成功，归系于法学研究所“社科法硕七个

一建设工程”^①。作为中国法学研究的最高学术殿堂，中国社会科学院法学研究所的学者们时常到南海给党和国家领导人作讲座，到国家部委、省市给省部级领导授课，到院校、企业、部队等单位给多层面的听众讲课，到国外、境外给多方面的专家、学者、官员、学生等授课、演讲。基于此优势，在“社科法硕”的培养中，除去国家培养计划设定的课程外，法学研究所及其聘请的高端专家学者在定期的“‘社科法硕’学术沙龙活动”中的专题演讲，成为“社科法硕”在中国法律硕士培养中的一大特色。

2011年9月，应“社科法硕”教学基地迁址良乡高教园校区之教学需要，法学研究所在“‘社科法硕’学术沙龙活动”的基础上，又推出了“‘社科法律人’高级学术论坛”，其在校内外的吸引力与影响力越来越大、越来越广。到最高学术研究殿堂聆听法治，已经成为无数学子与法治实践者和法律志趣者的梦想与期待。

为了进一步传播法学最高学术研究机构专家学者的法治思想，满足未能聆听者“百闻不如一见”的渴求和已经聆听者“温故而知新”的愿望，我们决定编辑出版《聆听法治，在最高学术研究殿堂》讲座系列图书。

需要说明的是，“‘社科法硕’学术沙龙活动”及“‘社科法律人’高级学术论坛”为每周一场，或者至少每两周一场，迄今已经举行近百期，经初步整理的文稿达200万字以上，如果均予出版，编辑与出版者的压力都会较大，故此，我们本着精中选优的原则，选取了部分学者的演讲以及相关评论，敬请各位理解。

在最高学术研究殿堂聆听法治，从“‘社科法硕’学术沙龙活动”到“‘社科法律人’高级学术论坛”，已历经8年。从微观层面讲，她是与“社科法硕”的产生与发展相伴随的；从中观层面讲，她是与法学研究所参与中国法治的进程相结合的；从宏观层面讲，她是与21世纪中国的改革开放与现代化建设相关联的。因此，每一次在最高法学研究殿堂的学术沙龙活动，都深深烙上了上述三个层面的印记。

在我看来，“社科法硕”品牌创立后，其不仅担当着中国法硕教育领航者的角色，而且力求为“中国法硕”注入全新的内涵，并成为法学教育中国

① “社科法硕七个一建设工程”是法学研究所从自身优势出发，结合法律硕士培养特点，在“社科法硕”培养过程中实施的“一师”“一书”“一讲”“一考”“一所”“一网”“一报”。“一师”即双向选择的导师制度；“一书”即法律硕士专用系列教材；“一讲”即“社科法硕”学术沙龙活动；“一考”即司法考试；“一所”即“社科法硕”初、中、高级班法律诊所教育；“一网”即中国法硕网；“一报”即《中国法硕》报。

模式不可或缺的重要组成部分。作为“社科法硕”和“社科法律人”的亲历者，我对这两个概念怀有深深的感情。值此《聆听法治，在最高学术研究殿堂》出版之际，我诚挚地感谢所有为“社科法硕”和“社科法律人”培养给予关心、指导、帮助乃至批评的领导、老师、朋友、同事和广大同学们。我也坚信，在社会各界的大力支持和法学研究所全体同仁的共同努力下，“社科法硕”和“社科法律人”的明天，一定会更加灿烂辉煌。

中国法学教育研究会副会长

中国法学教育研究会诊所法律教育专业委员会常务副主任

中国社会科学院法学研究所所长助理、研究员

中国社会科学院研究生院法学系常务副主任、教授

中国社会科学院研究生院法律硕士中心主任

冀祥德

二〇一二年二月五日

本卷导读

《法治中国建设的理论与实践》是中国社会科学院法学研究所（以下简称法学研究所）策划的系列图书《聆听法治——在最高学术殿堂》的第三卷。本卷精选了自2011年9月至2012年11月“‘社科法律人’高级学术论坛暨‘社科法硕’学术沙龙活动”举办一年时间里的14场学术沙龙活动演讲实录。全部文稿均由演讲者本人或者本人指定的人员修正。由于修正时间晚于相应的讲座时间，所以部分人员在修正文稿时结合相关问题的最新发展予以了适当补充。

这一年是“规范体系”重构的一年，我们需要对新体系的结构进行深入的思考。法学研究所研究员刘作翔在《规范体系：一个新体系结构的思考》的主题演讲中，从中共十八大关于政治建设和法治国家建设的总体战略部署谈起，解析了中国法律体系的概念、结构及其基本框架，指出需要重新认识法律体系的概念及其不足，提出了“规范体系”概念及其法律和理论根据，同时分析了“规范体系”概念中的规范结构、规范类型以及新的位阶关系，强调了法律对习惯和国家政策赋予一定的法律地位并不改变它们原有的性质；新规范类型的确立必须坚持国家法定的原则；“规范体系”中各规范类型的地位和作用不是并列的，法律是最高端也是最重要的规范类型，其他规范类型起补充漏洞的作用，但并非不重要。最后，还区别了“规范体系”与凯尔森的规范理论。

这一年是社会管理广泛创新的一年，“基本权利体系”的完善便是其中之一。法学研究所研究员莫纪宏在《社会管理创新视野下的基本权利体系的完善》的主题演讲中，从社会管理创新价值与制度目标谈起，指出基本权利体系化是社会管理创新的一个重要制度目标，重点围绕基本权利体系化的正当性、制度路径、现状、理论和制度建议四个方面娓娓道来，进行了深入浅出的剖析。

这一年是法治获得长足发展的一年，以法律为职业的“法律共同体”或者“法律人”所起的作用尤其重要。这样一个群体有着区别于其他职业人的思维模式。法律的哪些属性决定着法律思维，如何锻造这样的思维十分关

键。法学研究所学部委员、研究员梁慧星在《怎样运用法律思维》的主题演讲中,对法律的规范性、社会性、逻辑性、概念性、目的性、正义性等六个特性与法律思维的关系进行了论述,并辅以大量实际发生的疑难案例进行讲解,精彩纷呈。

这一年是社会向“建设型秩序”发展的一年,民法作为建设型社会的基本法,其作用尤其突出。法学研究所研究员孙宪忠在《民法是建设型社会的基本法》的主题演讲中,从建设型社会法治基本问题的思考入手,围绕民法的发展历史及其自身素质构造等方面,论证了“民法是建设型社会的基本法”的可能性与必要性,也剖析了中国的发展状况。

这一年是面临金融危机严峻挑战的一年,企业破产等方面需要做出应对和完善。法学研究所研究员邹海林在《中国企业破产制度的的是是非非》的主题演讲中,回顾了中国企业破产制度二十年来的曲折发展过程,重点分析了国有企业政策性破产的前因后果、利弊得失,梳理了新《中华人民共和国企业破产法》的诞生历史、进步意义及面临的问题。

这一年是立法改革深入推进的一年,也是刑法学和刑诉法学蓬勃发展的一年。刑法改革的进路,要做到健康、有序、良性的发展。法学研究所研究员屈学武在《中国刑法改革进路反思》的主题演讲中,从三个方面发表了自己的观点:一、中国刑法的罪量要件存废反思;二、风险刑罚权的发动与限制;三、期待可能性理论的本土化思考。

在刑事诉讼法的大变革、大调整中,中国人民大学法学院教授陈卫东、北京大学法学院教授汪建成、法学研究所研究员王敏远在《2012年刑事诉讼法修正案的进步与不足》的主题演讲中,围绕强制措施、证据制度、辩护制度、侦查程序、死刑复核程序、特别程序的修改进行了精彩解读。

在《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》的激烈讨论进程中,法律监督作为宪法和法律赋予检察机关的神圣职责,也开始面临新问题和新的挑战。北京市人民检察院副检察长、教授甄贞在《诉讼监督前沿问题研究》的主题演讲中,以法律监督概念的源起引入,重点介绍检察机关开展法律监督的主要做法和成效,法律监督实践中存在的热点难点问题,完善法律监督工作的对策与建议。

在中国刑事诉讼法修改完善的同时,我们也将视角投向近邻。他山之石,可以攻玉。韩国首尔律师协会会长吴旭焕在《韩国的刑事诉讼程序》的主题演讲中,详细介绍了韩国的刑事诉讼程序概况:一、刑事诉讼的结构;二、刑事诉讼的理念;三、侦查程序;四、提起公诉;五、国选辩护人制

度；六、审判程序；七、《大韩民国刑事诉讼法》程序中的证据规则；八、非法收集证据排除规则；九、上诉制度；十、国民参与审判制度；十一、量刑标准；十二、司法部开通刑事司法信息系统；十三、录音录像资料的证据能力；十四、对电子证据的扣押、搜查程序中的合法要件。

这一年是《中华人民共和国反垄断法》实施三周年，是尤其值得法律人对反垄断执法深刻反思的一年。中国反垄断法是市场竞争秩序的守护神，只有其得到很好的实施，消费者才能从市场竞争中得到实惠。法学研究所研究员王晓晔在《中国反垄断法三年执法评析》的主题演讲中，首先肯定了反垄断法的重要性及积极意义；然后详细阐述了三大反垄断机构在具体的反垄断案例中的积极实践及暴露出来的问题；最后就如何提高中国反垄断法的效力，提出了良策。

这一年是动物保护法如火如荼发展的一年。“高跟鞋虐猫”等一系列残害动物事件在网上讨论的沸沸扬扬，人与动物应当如何相处引人深思。法学研究所研究员常纪文在《动物保护法的理论与实践》的主题演讲中，阐述了动物的法学概念与分类以及目前国内外关于动物保护法实施的历史和现状，分析了动物的法律地位，并深入地阐述了动物福利与动物权利的关系。继而介绍了动物法制的时代背景，并结合当代中国的国情谈中国的动物法治，分析了中国在该领域与国外的差距及原因。并以动物保护法在整个法律体系中的地位为基础，简述了其与环保法、行政法的法律关系。最后重点介绍自2009年以来法学所作为先锋中坚在动物保护方面所取得的成就以及对今后发展方向的展望。

这一年是国际社会动荡不安的一年。“卡扎菲”事件引起国际人权法与传统国际法基本原则的激烈碰撞与讨论。北京大学法学院教授白桂梅在《国际法的新发展》的主题演讲中，从五个方面进行了诠释：一、国际法概念的发展；二、国际法领域的发展；三、国际法渊源的发展；四、国际法实施机制的发展；五、国际法面临的新挑战以及其本人关于国际法问题的极大困惑。

这一年是国内外民间交流频繁，国际私法学获得快速发展的一年。法学研究所研究员沈涓在《中国国际私法热点问题和立法问题》的主题演讲中，围绕国际私法热点和难点，就备受理论界与实务界关心的六大问题展开分析：国际私法立法，国际私法实践，国际私法的重要理论原则，国际私法的比较研究，国际私法的统一化、系统化，以及具体冲突问题。此外，沈涓还重点阐述了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的新发展及其局限

性，对重点法条进行了鞭辟入里的分析。

这一年是“有信心有能力”捍卫国家领土主权的一年，作为领土主权的国际法是捍卫领土主权的重要依据之一。中国社会科学院国际法研究所研究员赵建文在《钓鱼岛主权属于中国的国际法依据》的主题演讲中，从国外关于钓鱼岛的历史分析谈起，系统梳理了日本窃取钓鱼岛的历史过程，并从习惯国际法和国际条约两个方面阐述了日本应当归还钓鱼岛的国际法依据，为中国捍卫钓鱼岛主权提供了有力的法律武器。

“‘社科法律人’高级学术论坛暨‘社科法硕’学术沙龙活动”是一个沙龙性的学术活动，老师和学生在互动思维框架中相互启发，激发创造灵感，形成一种开放、轻松的学术交流氛围，自发的学术讨论和研究意识在学生中形成。这里是理论与实践的碰撞盛宴，是大师智慧与青年热情的桥接圣地。在收入本卷的学术沙龙活动中，法学研究所的冀祥德、朱晓青、柳华文、席月民、翟国强等研究人员，在主持或者评论中发表了精辟论述。

冀祥德 窦海阳

二〇一五年一月五日

C目录

CONTENTS

总 序 / 001

序 言 / 001

本卷导读 / 001

第一编 法理学 / 1

主题一 规范体系：一个新体系结构的思考 / 3

第二编 宪法学 / 41

主题二 社会管理创新视野下的基本权利体系的完善 / 43

第三编 民法学 / 69

主题三 怎样运用法律思维 / 71

主题四 民法是建设型社会的基本法 / 100

第四编 商法学 / 117

主题五 中国企业破产制度的的是是非非 / 119

第五编 刑法学 / 139

主题六 中国刑法改革进路反思 / 141

第六编 诉讼法学 / 167

主题七 2012 年刑事诉讼法修正案的进步与不足 / 169

主题八 诉讼监督前沿问题研究 / 204

主题九 韩国的刑事诉讼程序 / 232

第七编 经济法学 / 245

主题十 中国反垄断法三年执法评析 / 247

第八编 社会法学 / 263

主题十一 动物保护法的理论与实践 / 265

第九编 国际法学 / 289

主题十二 国际法的新发展 / 291

主题十三 中国国际私法热点问题和立法问题 / 306

主题十四 钓鱼岛主权属于中国的国际法依据 / 325

第一编

法理学

主题一 规范体系：一个新体系结构的思考

主讲人：刘作翔 中国社会科学院法学研究所研究员、中国社会科学院研究生院教授、博士生导师

主持人：冀祥德 中国社会科学院法学研究所研究员、中国社会科学院研究生院教授、博士生导师

时 间：2012年11月16日（星期五）9：00—11：30

地 点：中国社会科学院研究生院教学楼122室

主持人 冀祥德：

各位同学，今天是第二十二届“社科法律人”高级学术论坛暨“社科法硕”学术沙龙活动第九十二期。我们很荣幸地邀请到了中国社会科学院法学研究所研究员刘作翔教授担任主讲嘉宾。刘老师是著名的法理学家，他今天演讲的主题是“规范体系：一个新体系结构的思考”。下面，我们有请刘老师发表演讲。

主讲人 刘作翔：

谢谢冀祥德教授的邀请！谢谢法硕办的安排！各位同学，上午好！冀主任一直说希望我有机会来和大家做一个交流，之前因为时间不太好安排，现在终于有这样一个机会和大家一起探讨一些问题。

大家都知道昨天中共十八大已经结束了。十八大报告我也仔细地看了，报告中提出了一系列重大问题。比如，在法治和政治方面提出了“加快建设社会主义法治国家”，“坚持走中国特色社会主义政治发展道路和推进政治体制改革”等，有一些总的要求。大家研究法律、学习法律，对这些问题应该关注。我想有必要和大家一起学习一下中共十八大关于法治国家建设的一些总体战略要求。

一 十八大关于政治建设和法治国家建设的总体战略部署

十八大报告提出：“政治体制改革是我国全面改革的重要组成部分。必